

LA HIPOTECA INVERSA EN LA LLEI 41/2007, DEL MERCAT HIPOTECARI¹

Héctor Simón Moreno
Universitat Rovira i Virgili

1. REGULACIÓ, FINALITAT I ANTECEDENTS

La hipoteca inversa és un producte hipotecari que permet a les persones d'edat avançada percebre una renda addicional per a afrontar les seves necessitats quotidianes (per exemple, és d'una gran utilitat per a les persones que no perceben cap prestació o que en perceben una de baixa quantia). Aquestes rendes estan garantides amb un dret real d'hipoteca. La hipoteca inversa ha rebut cobertura legal gràcies a la Llei 41/2007, de 7 de desembre, per la qual es modifiquen la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari i altres normes del sistema hipotecari i financer, de regulació de les hipoteques inverses i l'assegurança de dependència i per la qual s'estableix determinada norma tributària. No obstant això, la hipoteca inversa ja estava present en la pràctica bancària. Aquest producte es dissenyava a iniciativa de les entitats bancàries per a un grup determinat de persones: el sol·licitant havia de tenir la propietat plena de la finca i més de setanta anys d'edat; havia de residir habitualment en aquesta finca; l'habitatge havia de ser objecte de taxació, i, per acabar, havia d'estar situat en una zona urbana.² Per tant, la Llei 41/2007 dóna resposta a una necessitat social, tal com ho reflecteix la seva exposició de motius, segons la qual «hacer

1. Aquest treball s'emmarca dins del projecte d'investigació «La propiedad y sus aprovechamientos: las situaciones de comunidad» (Ministeri d'Educació i Ciència, Direcció General d'Investigació; referència: SEJ2006-14875-C02-02), l'investigador principal del qual és el doctor Pedro del Pozo Carrascosa.

2. Isidro SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Susana LÓPEZ ARES i Raquel QUIROGA GARCÍA, *Diseño de hipotecas inversas en el mercado español*, Madrid, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, projecte 205/05 (març 2007), p. 55-62.

líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida». La finalitat de la norma és clara: augmentar la capacitat econòmica de les persones de la tercera edat per a complementar les rendes que provenen d'altres fonts. La quantia de la pensió mitjana a Espanya va ser de 725,23 € al desembre del 2008, incloent-hi les pensions d'invalidesa, jubilació, viduïtat, orfenesa i favor familiar (la de jubilació, la més estesa, va ser de 820,32 €).³ En l'àmbit europeu, la despesa a Espanya en pensions va ser del 9 % del producte interior brut (PIB) l'any 2004, mentre que en la meitat dels països d'Europa superava el 12 %. A més, el percentatge d'habitatges de propietat a Espanya va ser el quart més alt d'Europa el 2007, en què va assolir el 83 %, només superat per Estònia, Lituània i Hongria, i per sobre de la mitjana europea (60 %).⁴ En aquestes condicions, no és estrany que en els últims anys hagin proliferat diferents mecanismes per a obtenir un rendiment addicional per a les persones d'edat avançada,⁵ entre els quals s'inclou la hipoteca inversa com un mecanisme més per a atendre aquestes necessitats.

Diverses qüestions són dignes de menció:

a) La principal particularitat de la hipoteca inversa és que durant el seu termini de vida l'hipotecant o receptor de les rendes no té el deure jurídic d'amortitzar el préstec mitjançant pagaments mensuals periòdics, com passa en una hipoteca ordinària. Al contrari, té el dret de percebre en la forma pactada una determinada quantitat de diners. La quantitat total percebuda només serà exigible en el moment del seu traspàs.

b) El legislador assigna a aquesta hipoteca un nom comercial que distorsiona realment la verdadera naturalesa d'aquesta hipoteca (de fet, ha estat la denominació que li ha donat la pràctica jurídica). En la hipoteca inversa ens trobem davant d'una hipoteca de desamortització, en la qual, a mesura que el beneficiari va obtenint les rendes, el valor de l'immoble disminueix per al mercat, mentre que en la hipoteca ordinària o de tràfic tradicional, la quantia es desemborsa a l'inici i el deutor va amortitzant el préstec i va recuperant de mica en mica el valor de la finca.⁶ No obstant això, si s'ajornés el pagament total de les rendes fins

3. Font: Institut Nacional d'Estadística.

4. Font: EUROSTAT, *Europe in figures: Eurostat statistical yearbook 2008*, p. 236 i 240, i EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Spain Factsheet 2007*.

5. Respecte a aquesta qüestió, vegeu *infra*.

6. Jesús MUÑOZ VILLALÓN, «La hipoteca inversa y bajo condición suspensiva», ponència del III Colegio de Registradores de España, Granada, 2006; Ramón MARÍA ROCA SASTRE i Luis ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 8a ed., tom VII, Barcelona, Bosch, 1995-1999, p. 287 i seg.

a la mort del prestatari en la hipoteca ordinària, aquesta tindria uns contorns similars als de la hipoteca inversa si el capital s'hagués entregat íntegrament en el moment inicial. D'altra banda, si es pactés la recepció de les rendes periòdicament, seria un cas assimilable a la hipoteca de màxim tradicional o en garantia de comptes corrents de crèdit constituïts amb un pacte de disposició de les quanties disposades (art. 142, 143, 153 i 153 bis de la Llei hipotecària [LH]), o fins i tot a la prevista en l'article 157 de la LH en garantia de rendes o prestacions periòdiques.

c) La quantia de les rendes dependrà bàsicament de tres factors essencials: l'edat del prestatari, els tipus d'interès i el creixement del preu de l'habitatge. La taxació de l'habitatge i les expectatives de la seva revaloració són els elements que marcaran el límit de les quanties que percebran el sol·licitant o els beneficiaris, ja que l'habitatge constitueix l'única garantia del creditor en el moment del traspàs del sol·licitant.⁷ La major o menor edat del sol·licitant es traduirà en unes quotes mensuals més o menys altes, així com en un tipus d'interès major o menor.

Aquesta hipoteca té el seu origen en el dret anglosaxó. Concretament, va veure la llum l'any 1965 a Anglaterra i s'ha expandit a altres països.⁸

a) Als Estats Units la hipoteca inversa es coneix com a *home equity conversion mortgage* (HECM). El 1987 va néixer un programa destinat a concedir hipoteques inverses a les persones d'edat avançada gràcies a l'United States Department of Housing and Urban Development (HUD), que va promulgar la *Housing and Community Development Act* del 1987 (*Public Law*, p. 100-242). Aquest programa es va convertir en definitiu el 1998 a través de la promulgació de l'*Appropriation Act* del 1998. El HUD és una institució que pertany al Govern dels Estats Units i que assegura gairebé el 90 % de les hipoteques inverses que es concedeixen a l'empara d'aquest programa. La *reverse mortgage* és un producte en auge per als anys venidors.⁹

7. Vegeu *infra*.

8. R. HERRANZ GONZÁLEZ, «Hipoteca inversa y figuras afines» (en línia), *Informes Portal Mayores* (Madrid: Portal Mayores), núm. 49 (21 març 2006). <<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>>, p. 5 i 6.

9. «Thus, 2008 does indeed appear to be a turning point for HUD's HECM program: the volume of HECM originations has exceeded 100,000 a year, the secondary market for HECM continues to develop, the first baby boomers become eligible, and long-term healthcare demands fuel reverse mortgage demand. The next several years could be very dynamic for reverse mortgage activity in general and for HECM in particular», p. 7. Vegeu l'informe «A Turning Point in the History of HUD's Home Equity Conversion Mortgage Program», *Housing Market Conditions* (Department of Housing and Urban Development [HUD]), 2008, disponible a: <<http://www.huduser.org/periodicals/ushmc/articlearchive.html>>. Vegeu també <<http://espanol.hud.gov/>>, i

b) A Anglaterra, la hipoteca inversa rep el nom de *lifetime mortgage* i n'hi ha dues modalitats distintes. La que més s'assembla a la regulada en la Llei 41/2007 és la *rolled-up interest loans*, en la qual el deutor defereix el pagament fins al moment de la seva mort. Una altra modalitat és la *home reversion*, en la qual el propietari pot vendre la totalitat o una part de la finca a l'entitat bancària i rep una prestació a canvi.¹⁰

c) A França, la *viager hypothécaire* o hipoteca vitalícia va ser introduïda a través de l'article 41 de l'*Ordonnance* núm. 2006-346, de 23 de març de 2006, relativa a les assegurances, i la *Loi* núm. 2008-776, de 4 d'agost de 2008, que van modificar el *Code de la consommation*.¹¹ Les característiques d'aquesta hipoteca s'assemblen a les de la hipoteca inversa tradicional: la quantitat no serà exigible generalment fins a la mort del prestatari (art. L314-1 i 13 del *Code de la consommation*).

2. CONCEPTE I REQUISITS

L'apartat primer de la disposició addicional primera (DA 1a) de la Llei 41/2007 defineix la hipoteca inversa en els termes següents: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante», sempre que es compleixin la sèrie de requisits que s'enumeren a continuació.

2.1. ASPECTE SUBJECTIU

El primer requisit de la hipoteca inversa és que «el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia». Des d'una perspectiva subjectiva, la Llei 41/2007 considera l'existència de dues figures: el *sol·licitant* i els *beneficiaris*.

Edward J. SZYMANOSKI, James C. ENRÍQUEZ i Theresa R. DIVENTI, «Home Equity Conversion Mortgage Terminations: Information to Enhance the Developing Secondary Market», *Cityscape*, vol. 9, núm. 1 (2007), disponible a: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1089424>. Respecte al HUD, vegeu: <<http://www.hud.gov/offices/hsg/sfh/hecm/hecm—df.cfm>>.

10. Font: COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS, *Unlocking the value of your home: A guide to equity release*, disponible a: <<http://www.cml.org.uk/cml/consumers/equityrelease>>.

11. La legislació pot consultar-se a: <<http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp>>.

Ambdós han de ser persones físiques (no jurídiques) l'edat de les quals ha de ser igual o major als seixanta-cinc anys o bé que estiguin afectades per una severa o gran dependència. Per una banda, l'edat mínima per a ser beneficiari d'una hipoteca inversa concorda amb la que s'estableix expressament per a la jubilació en la seva modalitat contributiva en l'article 161.1a de la Llei general de la Seguretat Social del 1994. No obstant això, l'any 2007 l'edat mitjana de jubilació va ser de seixanta-tres anys tant per als homes com per a les dones, una de les edats més altes d'Europa.¹² A més, la jubilació pot fins i tot arribar a ser menor gràcies a la jubilació anticipada en les seves diverses modalitats.¹³ D'acord amb el Ministeri de Treball i Immigració,¹⁴ els principals ingressos de les famílies provenen de la pensió de jubilació en la seva modalitat contributiva. Un total de 8.390.080 pensionistes estaven percebant una pensió l'any 2008; d'aquestes pensions, 4.936.840 corresponien a prestacions de jubilació contributives i 2.249.090, a pensions de viduïtat. Les no contributives (464.724 l'any 2008) i la resta de modalitats tenien un pes molt menor. D'aquesta manera, limitar l'edat dels beneficiaris d'hipoteques inverses als seixanta-cinc anys representa un obstacle a la suposada funció social de la Llei 41/2007. La hipoteca inversa té com a finalitat donar resposta a les necessitats de la tercera edat, que estadísticament no comencen realment als seixanta-cinc anys, sinó abans. En aquest sentit, als Estats Units l'edat mínima per a poder ser beneficiari d'una hipoteca inversa són els seixanta-dos anys d'edat, mentre que a Anglaterra són els cinquanta-cinc anys, i a França no s'estableix expressament cap limitació per a la hipoteca vitalícia (tampoc en l'art. 157 LH).

12. CONSEJO ECÓNOMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2007*, p. 67. Disponible a: <<http://www.ces.es/index.jsp>>.

13. Faustino CAVAS MARTÍNEZ, «A vueltas con la pensión de jubilación y la reforma del sistema de pensiones», *Aranzadi Social*, núm. 15 (2008), BIB 2008\573: «9ª) La edad legal de 65 años como mínima para acceder a la pensión de jubilación, inalterada desde 1919, ha pasado a ser una edad formal y ficticia. No es fácil entender por qué desde aquella fecha se ha mantenido la edad de 65 años sin tener en cuenta que la estructura demográfica se ha transformado vertiginosamente a lo largo del siglo XX. La edad media efectiva de jubilación roza actualmente los 63 años, sin perjuicio de los muchos casos en los que se inicia a los 52 años, con el llamado subsidio de prejubilación. La legislación española de Seguridad Social contempla seis modalidades de jubilación anticipada: 1) la jubilación anticipada de los mutualistas (Disp. Transit. 3ª LGSS); 2) la jubilación anticipada "general" de los mayores de 61 años (art. 161.bis. 2 LGSS); 3) la jubilación anticipada por reducción de la edad mínima debido a la realización de actividades penosas, tóxicas e insalubres (art. 161.bis.1 LGSS); 4) la jubilación anticipada de trabajadores discapacitados; 5) la jubilación anticipada parcial a partir de los 60 ó 61 años (art. 166 LGSS); y 6) la jubilación anticipada a los 64 años como medida de fomento del empleo (RD 1194/1985 [RCL 1985, 1791])». A més, aquest article analitza les conseqüències sobre la jubilació total i parcial de la Llei 40/2007, de 4 de desembre, de la Seguretat Social.

14. <<http://www.mtas.es/>>.

D'altra banda, per a analitzar si existeix una severa o gran dependència haurérem d'acudir a la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència. L'article 26 d'aquesta Llei estableix tres graus possibles de dependència: moderada, severa i gran dependència.¹⁵ L'Avantprojecte de llei¹⁶ considerava sol·licitants els majors de seixanta-cinc anys i les persones *afectades* de dependència, cosa que obria un ventall molt ampli de possibilitats. El Projecte de llei de març del 2007, un cop publicada la Llei 39/2006, va incloure únicament les dues últimes modalitats. El Grup Parlamentari Català Convergència i Unió va formular una esmena amb la voluntat d'incloure en l'àmbit subjectiu de la hipoteca inversa les «personas afectadas por cualquier situación de dependencia o personas con discapacidad» (esmena núm. 58). El legislador hauria d'haver ampliat el concepte subjectiu atenent la funció social de la hipoteca inversa. Una persona amb una discapacitat igual o superior al 33 % o una persona amb una dependència moderada poden requerir igualment ajudes monetàries, per exemple a l'hora de pagar els seus cuidadors.¹⁷ D'altra banda, es planteja el problema de discernir què passa quan la condició de dependència es perd en un moment posterior a la constitució de la hipoteca inversa. Atès que la Llei 41/2007 guarda silenci pel que fa a aquesta qüestió, aquest fet no pot provocar en cap cas el venciment anticipat de l'obligació, que sí que tindria lloc en un supòsit que estudiarem més endavant.¹⁸

Sembla que el legislador considera beneficiaris els fills o familiars del sol·licitant que convisquin amb ell. No obstant això, la Llei 41/2007 utilitza una previsió genèrica que permet que l'àmbit subjectiu pugui ampliar-se a persones amb una edat menor als seixanta-cinc anys i que no resideixin habitualment en l'habitatge

15. D'aquesta manera, una persona pot demanar la incapacitat severa quan necessita ajuda per a realitzar diverses activitats bàsiques de la vida diària dues o tres vegades al dia, però no vol el suport permanent d'un cuidador, o té necessitats de suport extens per a la seva autonomia personal. Per la seva banda, la gran dependència té lloc quan necessita ajuda per a realitzar diverses activitats bàsiques diverses vegades al dia i necessita el suport indispensable i continu d'una altra persona o té necessitats de suport generalitzat per a la seva autonomia personal (art. 26 Llei 39/2006).

16. Sotmès a audiència pública el 27 d'octubre de 2006.

17. La valoració de l'estat de dependència s'ha de fer d'acord amb el Reial decret 504/2007, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el barem de valoració de la situació de dependència establert per la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència.

18. Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa», a Valerio PÉREZ MADRID DE CARRERAS, *Hacia un nuevo derecho hipotecario: Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2008, p. 315.

gravat, amb independència de la relació que tinguin amb el sol·licitant.¹⁹ D'aquesta manera, podria donar-se la situació que un ancià amb un habitatge en propietat constituís una hipoteca inversa en benefici d'un altre que disposa d'un altre habitatge habitual o de diversos habitatges en propietat. Creiem que la Llei 41/2007 hauria de definir el concepte de *beneficiaris* i hauria d'incloure en aquest, per exemple, els familiars del sol·licitant fins al quart grau per consanguinitat o afinitat. Mitjançant aquesta limitació, les rendes de la hipoteca inversa tindrien una destinació d'acord amb el sacrifici del sol·licitant, que no oblidem que suporta una hipoteca constituïda sobre la seva finca.

Respecte al sol·licitant, la Llei no especifica si ha de coincidir amb la persona de l'hipotecant. No obstant això, aquesta condició pot extreure's de l'exigència ineludible que l'immoble hipotecat ha de ser l'habitatge habitual del sol·licitant i del fet que l'apartat 5.2 DA 1a de la Llei 41/2007, quan considera causa de venciment anticipat la transmissió de l'habitatge,²⁰ es refereix al deutor hipotecari. Falta per veure, aleshores, si podria acceptar-se la figura de l'hipotecant no deutor, plenament admesa en el nostre dret hipotecari. Anguita Ríos sosté que aquesta situació no és possible per la finalitat específica de la Llei,²¹ encara que Serrano de Nicolás matisa amb encert, adoptant un punt de vista fiscal, que aquesta figura és perfectament possible sempre que el deutor hipotecari i l'hipotecant siguin copropietaris de l'habitatge habitual.²² Aquesta possibilitat pressuposa

19. D'acord amb Isabel ZURITA MARTÍN, «La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707 (2008), p. 1285: «La previsión legal no impide, sin embargo, que el solicitante pueda designar como beneficiario a cualquier otra persona. Claro que, dado que el primer apartado de la norma exige que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del solicitante, si el beneficiario no fuera persona que conviviera con éste, se llegaría al absurdo de haber exigido legalmente que el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual del solicitante, para, a la postre, resultar que el beneficiario no la tiene como vivienda habitual.»

20. Vegeu *infra*.

21. Rosa María ANGUITA RÍOS, «Regulación relativa a la hipoteca inversa, según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», *Diario La Ley*, núm. 6875, p. 10: «No cabe ofrecer como garantía un bien que, siendo la vivienda habitual, pertenezca a una persona diferente del deutor. Es decir, en esta hipoteca, la figura del hipotecante no deutor no tiene encaje, y ello debido a la finalidad y a la filosofía con la que nace esta garantía.»

22. Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», *Revista de Derecho Privado*, març-abril 2008, p. 43, exposa que «[l]a posibilidad del hipotecante no deutor es factible siempre que además haya un deutor hipotecario, es decir, que éste (solicitante, deutor o prestario) y el hipotecante no deutor sean copropietarios de la vivienda habitual; es admisible desde el momento en que se admite fiscalmente que pueda ser vivienda habitual perteneciendo sólo una mitad —u otro porcentaje— de la vivienda a una persona que la tiene como vivienda habitual».

l'existència d'una comunitat *pro indiviso*, cosa que pot donar lloc a problemes pràctics. Per exemple, els hereus d'ambdós poden no ser comuns si algun d'ells ha contret segones noccs o si simplement són persones que comparteixen l'habitatge habitual en règim *pro indiviso*. Això implicarà que els respectius hereus hauran de posicionar-se sobre el pagament o no del deute, amb els possibles processos judicials entre ambdós, en perjudici del creditor a l'hora de cobrar el seu crèdit.

La Llei 41/2007 utilitza el terme *sol·licitant* i no el de *sol·licitants*, encara que no hauria d'haver-hi cap problema a acceptar que dos ancians que visquin de manera habitual en un habitatge obtinguin rendes gràcies a la hipoteca inversa. Ambdós serien sol·licitants i deutors alhora. No té sentit limitar a una única persona l'aplicació de la Llei 41/2007, atès que aquesta limitació podria superar-se designant sol·licitant un sol cònjuge (però ambdós obtindrien les rendes en benefici) i beneficiari l'altre cònjuge en cas de mort. D'altra banda, la generalitat del redactat permet al sol·licitant designar una pluralitat de possibles beneficiaris de les rendes percebudes, que poden o no existir. L'Avantprojecte de llei només incloïa el sol·licitant, encara que el Projecte de llei va acabar incloent els beneficiaris. No obstant això, aquests no tenen cap tipus de responsabilitat personal, que recau sobre el sol·licitant i els seus hereus. La doctrina ha qualificat la relació del sol·licitant amb el beneficiari, d'estipulació a favor d'un tercer.²³ El beneficiari estarà facultat per a exigir a l'entitat bancària o assegurada el compliment de la seva obligació de posar a la seva disposició les rendes pactades (art. 1257 del Codi civil [CC]).

Des del punt de vista del creditor, les hipoteques inverses només podran ser concedides per les entitats de crèdit i les entitats asseguradores autoritzades per a operar a Espanya (ap. 2n DA 1a Llei 41/2007), amb la qual cosa aquesta opció queda vetada als particulars, en la mateixa línia que la nova hipoteca de màxim (art. 153 bis LH). No obstant això, l'apartat desè de la DA 1a de la Llei 41/2007 estableix que «[p]odrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición.» En què es tradueix la no-aplicació expressa dels apartats anteriors? Hi ha dues possibles interpretacions:

a) Una interpretació en sentit estricte permetria constituir hipoteques inverses que no compartirien res amb la hipoteca inversa prevista en la Llei 41/2007, és a dir, el deutor podria tenir menys de seixanta-cinc anys o la garantia podria ser exigible quan així ho pactessin les parts, i no en el moment del traspàs.

23. Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», p. 44.

b) Per contra, podria entendre's que només es modifica l'objecte amb algunes conseqüències específiques.

Zurita Martín està a favor de la primera interpretació: «[...] cualquier modalidad de hipoteca inversa —llamada así, en este caso, en sentido amplio— concertada sobre un inmueble que no constituya la vivienda habitual del prestatario, debe ser reconducida al ámbito del principio de autonomía privada —lo que, obviamente, hace superflua la previsión de este nuevo apartado diez.»²⁴ El Grup Parlamentari Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds es proclamava en el segon sentit en el debat de les esmenes en el Senat: «[...] en este caso no tendrán incentivos fiscales, incrementando también la capacidad de endeudamiento.»²⁵

La possibilitat recollida en l'apartat desè de la DA 1a de la Llei 41/2007 no es considerava ni en l'Avantprojecte ni en el Projecte de llei. El Grup Parlamentari Popular (esmena núm. 98) i el Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana (esmena núm. 122) van proposar la supressió del fragment «el bien inmueble sea la vivienda habitual del solicitante», cosa que no es va arribar a aprovar. No obstant això, es va formular una esmena i es va afegir l'apartat desè de la DA 1a de la Llei 41/2007 finalment en el Senat, és a dir, en l'última fase d'elaboració i aprovació de la Llei. A l'hora de definir la hipoteca inversa, la DA 1a de la Llei 41/2007 comença amb l'expressió «[a] efectos de la presente Ley», amb la qual cosa queda clar que les entitats de crèdit i les asseguradores poden apartar-se, si ho desitgen, de la Llei 41/2007 prenent com a base l'article 1255 CC i poden pactar amb el deutor les condicions que més s'adaptin als seus interessos. Si la voluntat del legislador hagués estat recollir un fet superflu com és la possibilitat de pactar altres hipoteques inverses a l'empara de l'article 1255 CC, poc sentit tindria haver formulat aquesta esmena en l'última fase de tramitació, atès que anteriorment ningú no s'havia pronunciat sobre aquesta qüestió (només s'havia fet de manera indirecta). Per tant, creiem que l'única repercussió seria l'exclusió automàtica dels beneficis fiscals previstos en la Llei per a les asseguradores, exclusió que afectaria les entitats de crèdit únicament a l'hora de la constitució de la hipoteca inversa, ja que la resta de beneficis fiscals podrien aconseguir-se a través de la Llei 2/1994, de subrogació i modificació de préstecs hipotecaris.

Els ens previstos en la Llei 41/2007 poden constituir hipoteques inverses sobre l'habitatge habitual o sobre altres habitatges, si bé en aquest últim cas no seran d'aplicació els beneficis fiscals previstos en aquesta Llei. A més, el principi d'autonomia de la voluntat (art. 1255 CC) permet a qualsevol persona física

24. Isabel ZURITA MARTÍN, «La nueva normativa reguladora», p. 1283.

25. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, any 2007, VIII legislatura, núm. 302 (22 novembre 2007), p. 15019.

o jurídica constituir una hipoteca inversa fora dels seus estàndards, adaptada a les seves necessitats. No obstant això, no és aconsellable la seva constitució per persones físiques o jurídiques de menor entitat que les entitats bancàries i les asseguradores.²⁶

2.2. ASPECTE OBJECTIU

2.2.1. *Disponibilitat i destinació de les rendes*

Des d'un punt de vista objectiu, el deutor ha de disposar de l'import del préstec o crèdit mitjançant disposicions periòdiques o úniques (art. 2c DA 1a i ap. VIII de l'exposició de motius de la Llei 41/2007). La forma natural en la qual haurien d'instrumentalitzar-se aquest tipus d'operacions és a través d'un sistema de compte corrent de crèdit (art. 153 LH),²⁷ en el qual el beneficiari obté periòdicament les rendes. No obstant això, res no obsta que pugui tenir-les a la seva disposició d'un sol cop o que pugui combinar una entrega en un inici amb posteriors pagaments parcials (als Estats Units es preveu un règim similar en l'*US Code*, § 1715z-20d.9, i a França també es permet escollir entre l'entrega d'una suma global o quanties periòdiques en l'art. L314-1 del *Code de la consommation*). Les parts podran modificar durant la vida del préstec la disponibilitat de les quantitats mitjançant una novació, si interpretem extensivament l'article 4.2 de la Llei 2/1994, modificat per l'article 13.2 de la Llei 41/2007, que inclou entre els elements que s'han de modificar «el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo» (en el mateix sentit, vegeu l'art. L314-12 del *Code de la consommation*).

D'altra banda, la Llei 41/2007 no es pronuncia respecte a la destinació de les rendes, atès que pressuposa que el sol·licitant o els beneficiaris les destinaran a sufragar les seves despeses quotidianes i a millorar la seva qualitat de vida. A França, l'article L314-2 del *Code de la consommation* preveu la nul·litat expres-

26. Serrano de Nicolás apunta que no beneficiaria en absolut les persones físiques (o jurídiques de menor entitat que les entitats bancàries i les asseguradores) el fet de poder ser titulars d'hipoteques inverses, «no sólo por el riesgo de su posible insolvencia, sino, también, por no poder ser hipoteca de máximo o “flotante”, por no gozar de beneficios fiscales, notariales y registrales y por no caber la subrogación o novación —con sus beneficios fiscales, notariales y registrales de la Ley 2/1994— al no ser las entidades de crédito contempladas en el art. 2 LMH». Vegeu Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», p. 46.

27. D'acord amb Rosa María ANGUITA RÍOS, «Regulación relativa a la hipoteca inversa», p. 3, i amb Jesús MUÑOZ VILLALÓN, «La hipoteca inversa».

sa de la hipoteca vitalícia si les rendes es destinen a finançar una activitat professional. A Espanya, és freqüent la inclusió en les escriptures públiques de la destinació dels préstecs hipotecaris (p. ex., a l'adquisició d'un habitatge o a una fase específica d'un projecte corporatiu concret), però en la hipoteca inversa, on al cap i a la fi l'única garantia real del creditor és el bé immoble,²⁸ és indiferent la destinació de les rendes. Si no es vol propiciar una utilització fora de la finalitat social que persegueix la Llei 41/2007, seria convenient incorporar una clàusula a l'estil de la francesa. El que sí que preveu de manera expressa la DA 4a de la Llei 41/2007 és la possibilitat de destinar les rendes de la hipoteca inversa a contractar un pla de previsió assegurat, en els termes previstos en l'apartat tercer de l'article 51 de la Llei 35/2006, de 28 de novembre, de l'impost sobre la renda de les persones físiques (IRPF) i de modificació parcial de les lleis dels impostos sobre societats, sobre la renda de no-residents i sobre el patrimoni. Aquest pla no és més que un contracte d'assegurança del qual la principal contingència objecte de protecció és la jubilació del sol·licitant. A més, el sol·licitant pot destinar les rendes a la incapacitat laboral total, permanent, absoluta i gran invalidesa, mort i severa o gran dependència (art. 6 de la Llei de regulació dels plans i fons de pensions). La destinació final dependrà en gran manera de les circumstàncies personals del sol·licitant.

2.2.2. *Exigibilitat del deute*

L'apartat 1c de la DA 1a de la Llei 41/2007 estableix que «la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios». El traspàs actua com una condició suspensiva de l'exigibilitat del crèdit per part del creditor de les rendes percebudes pel prestatari o per altres beneficiaris, atès que és un esdeveniment futur i incert en el temps. Aquest requisit està present en les altres hipoteques inverses en el dret comparat (com veurem posteriorment, en la Llei 41/2007 només hi ha una excepció a aquesta regla general). L'exigibilitat té lloc des del traspàs, si bé està prevista la intervenció dels hereus en un moment posterior per a acceptar o no l'herència i afrontar o no el deute. Per tant, existeix un període de temps des del traspàs fins a l'acceptació dels hereus en el qual l'herència es troba en una situació transitòria sense titular, encara que sí que pot ser demandada judicialment pels seus creditors. No obstant això, la Resolució de la Direcció General dels Re-

28. Vegeu *infra*.

gistes i del Notariat (RDGRN) de 25 de juny de 2005 (RJ 2005\5398) va exigir la designació d'un administrador que representés l'herència, seguint les disposicions de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) (art. 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2.2, 797 i 798 LEC). Aquesta representació tindrà lloc normalment a través dels hereus o dels qui es creguin amb algun tipus de dret a l'herència (cfr. la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 3 d'octubre de 2005 [RJ 2006\1008]). El dret català així ho preveu en l'article 411-9 del Codi civil de Catalunya (CCCat) respecte als hereus cridats que puguin realitzar actes de conservació, defensa i administració ordinària de l'herència. El problema sorgeix quan els hereus són ignorats o desconeguts, cas en el qual la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN) obliga igualment el jutge a designar un representant. Si aquest requisit no arribés a complir-se i els creditors decidissin demandar l'herència jacent, ens trobaríem davant d'una situació d'indefensió processal i una infracció del principi constitucional de la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitució espanyola), cosa que provocaria la nul·litat de les actuacions.²⁹

La Llei admet que tant la garantia com el deute siguin exigibles quan mori l'últim dels beneficiaris, encara que admet el pacte en sentit contrari. Per tant, es recullen dues possibilitats: *a*) que les parts pactin que, quan mori el sol·licitant, el crèdit ja pugui ser exigible encara que les rendes siguin percebudes per un tercer; *b*) que el crèdit només sigui exigible quan mori l'últim beneficiari. En aquest últim supòsit, la Llei 41/2007 possibilita que els hereus puguin adquirir per herència la propietat de la finca hipotecada mentre visquin els beneficiaris. Tal com després ho analitzarem, el creditor té el dret de declarar el venciment anticipat del crèdit si el sol·licitant transmet voluntàriament la finca gravada a un tercer. Podria exercitar aquesta facultat si fossin els hereus els qui transmetessin la finca? L'apartat 5.2 de la DA 1a de la Llei 41/2007 es refereix a la transmissió efectuada pel «deudor hipotecari», amb la qual cosa el creditor sí que podria exercitar aquesta facultat. Els hereus es convertirien en deutors en les mateixes condicions que el seu antecessor, amb una eficàcia retroactiva des de l'acceptació de l'herència (art. 411-5 CCCat i 1257 CC). No obstant això, els hereus sí que podrien crear drets personals, com un arrendament, o drets reals, com un dret real d'ús o habitació o una servitud (art. 561-1 i seg. i 566-1 i seg. CCCat). Així mateix, podria néixer un dret d'usdefruit universal de l'herència en favor del cònjuge vidu o del convivent supervivent en una unió estable de pa-

29. Vegeu, en el mateix sentit, José Antonio MIQUEL SILVESTRE, «Hipoteca inversa: algunas hipótesis de conflicto», *Diario La Ley*, núm. 6924 (2008), p. 7.

rella, amb la possibilitat de substituir-lo per l'usdefruit de l'habitatge conjugal gravat amb la hipoteca inversa (art. 442-3 i 442-5.1 CCCat). Aquestes situacions podrien donar problemes al creditor a l'hora de l'execució de la garantia. Per exemple, la Llei d'arrendaments urbans (LAU) preveu, en cas d'execució hipotecària, la subsistència de l'arrendament fins al compliment dels cinc primers anys (art. 13 LAU). El creditor té a favor seu que aquestes disputes es resoldrien prenent com a base el principi de prioritat (art. 24 LH) i l'extinció de càrregues posteriors, i que, si bé no podria declarar el venciment anticipat del crèdit, sí que podria exercitar l'acció de devastació (art. 117 LH). En aquest sentit, l'article 219.1 del Reglament hipotecari estableix que el valor de la finca hipotecada s'entendrà disminuït quan amb posterioritat a la constitució de la hipoteca s'arrendi l'immoble amb motiu o amb circumstàncies reveladores que la finalitat primordial de l'arrendament és causar dita disminució de valor.

La finca hipotecada constitueix l'única garantia del creditor, amb independència de la possible solvència del deutor. Tots aquests casos il·lustren que la relació del banc amb els futurs hereus té una gran importància, encara que és força difícil controlar aquesta situació, ja que el causant pot modificar lliurement la designació d'hereu.

L'exposició de motius de la Llei 41/2007 especifica que el valor de les rendes disposades està determinat pel valor de taxació de l'habitatge habitual. En aquest sentit, afegeix que «cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses». Per tant, és possible que el sol·licitant o els beneficiaris visquin el temps suficient per a esgotar el límit de responsabilitat hipotecària. El deute que encara no està vençut, continua generant interessos, amb la qual cosa la quantia final podria ser superior al valor de la finca i exigible tant als hereus com als tercers, ja que si resulta executada, no resultaria d'aplicació l'article 114.2 LH, que limita els interessos vençuts al tercer adquirent fins a un màxim de cinc anys.³⁰ Els creditors estan obligats a preveure aquesta possible contingència i a limitar en conseqüència el percentatge de crèdit en relació amb el valor de l'habitatge (p. ex., a un *loan to value* del 90%). Com que el creditor està limitat a l'execució de l'habitatge i a la resta de béns de l'herència en el cas que els hereus no vulguin fer-se càrrec del deute, podria succeir que el producte de l'execució no fos suficient i no quedessin altres béns de l'herència, amb la qual cosa es veuria impossibilitat per a la seva recuperació.

30. Vegeu *infra*.

2.2.3. *Taxació del bé immoble*

La Llei 41/2007 exigeix que l'habitatge habitual hipotecat hagi estat taxat i assegurat contra danys d'acord amb els termes i els requisits que s'estableixen en els articles 7 i 8 de la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari.

La taxació determinarà per a l'entitat bancària el risc que pot assumir amb la hipoteca inversa i les quanties que han de percebre el sol·licitant o els beneficiaris. L'entitat de crèdit estarà obligada a fer una predicció de les oscil·lacions del preu de l'habitatge en el futur per a valorar el seu risc, cosa que moltes vegades és imprevisible, ja que, com que la seva única garantia és per al cobrament de les rendes, no podrà dirigir-se personalment contra els hereus. A més, la Llei 41/2007 exigeix una assegurança contra danys pel valor de taxació i no defineix què hem d'entendre per *habitatge habitual*. D'acord amb l'article 68.1.3 de la Llei 35/2006 i l'article 54.1 del Reial decret 439/2007, de 30 de març, sobre el Reglament de l'impost sobre la renda de les persones físiques de 2007, s'entén per *habitatge habitual* aquell en el qual «el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años». No obstant això, s'entendrà que l'habitatge té aquest caràcter quan, malgrat que no hagi transcorregut aquest termini, es produeixi el traspàs del contribuent o es donin circumstàncies que necessàriament exigeixin el canvi d'habitatge, com ara una separació matrimonial, un trasllat laboral, l'obtenció de la primera feina o d'una feina més avantatjosa o altres d'anàlogues, situacions que correspondrà provar al sol·licitant.³¹ La doctrina posa de manifest que la Llei 41/2007 ha deixat sense preveure una sèrie de supòsits pràctics: «[...] así, se dará la consecuencia absurda de no proteger la hipoteca inversa constituida sobre la vivienda habitual de un hijo con gran dependencia que viva independientemente de sus padres en esa vivienda, propiedad de estos últimos.» Fent una interpretació finalista de la norma, haurien d'admetre's aquesta classe de supòsits. A més, des d'un punt de vista civil, haurien d'incloure's dins

31. Vegeu, en aquest sentit, la Resolució núm. 1318/2008, de 20 de juny, de la Direcció General de Tributs, consulta vinculant [JUR 2008\306056]: «En definitiva, de la redacción del citado precepto se desprende que, salvo en caso de fallecimiento del contribuyente, en el que la exención opera de forma automática, la concurrencia de cualquiera de las circunstancias enumeradas o consideradas análogas por la normativa no es determinante por sí sola, ni supone sin más una excepción a la exigencia del plazo general de residencia efectiva durante tres años. Ha de venir acompañada de la necesidad de cambiar de domicilio anticipadamente, hecho que el contribuyente deberá probar. Para la aplicación de esta norma debe existir una relación de causa - efecto que requiera plantearse si, ante una determinada situación, cambiar de domicilio es una opción para el contribuyente o queda al margen de su mera voluntad o conveniencia.»

del concepte d'*habitatge habitual* els elements annexos i les pertinences, els garatges i els trasters, si tenen el mateix caràcter.³²

3. RÈGIM ESPECIAL DE TRANSPARÈNCIA I PROTECCIÓ

La Llei 41/2007 preveu especialment un règim de transparència i protecció dels possibles beneficiaris de les hipoteques inverses. Les entitats que les concedeixin «deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento» (ap. 4t DA 1a de la Llei 41/2007). L'Avantprojecte de llei només es remetia a una regulació posterior del ministre d'Economia i Hisenda.³³ En el Projecte de llei es va afegir un nou apartat i es van incloure els assessors independents, que podien ser tant el ministre d'Economia i Hisenda com el Defensor del Client. Aquesta última possibilitat va ser objecte d'esmenes en la tramitació parlamentària (Grup Parlamentari Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds, esmena núm. 24; Grup Parlamentari Català Convergència i Unió, esmena núm. 54; i Grup Parlamentari Popular, esmena núm. 102). La Llei 41/2007 finalment no va recollir la figura del Defensor del Client, decisió lògica atenent la seva especial vinculació amb l'entitat bancària.

L'assessorament té la seva raó de ser en el fet que la hipoteca inversa és un producte de caràcter social destinat a persones amb una edat avançada. Fins a aquesta data, el Ministeri d'Economia i Hisenda no ha desenvolupat reglamentàriament aquesta previsió de la Llei 41/2007, amb la qual cosa no se sap del cert què hem d'entendre per *assessor independent*. Seria suficient una divisió bancària creada específicament per a l'adquisició i la venda de béns immobles? Podrien exercir aquesta funció un advocat, un notari o fins i tot el mateix banc? Seria desitjable que tinguessin la qualificació necessària per a dur a terme aquest tipus d'assessorament. Aquesta situació s'agreuja per la vaguetat de l'articulat, que només preveu l'assessorament en funció de la situació financera del sol·licitant

32. En aquest sentit, vegeu Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa», p. 313.

33. «2. El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa (o hipoteca pensión) será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda.»

i dels riscos econòmics que puguin existir.³⁴ Aquesta previsió ens sembla insuficient. En aquest sentit, l'apartat 1715z-20 (f) de l'*US Code* recull altres informacions, com les «options other than a home equity conversion mortgage that are available to the homeowner, including other housing, social service, health, and financial options» (1) i «a disclosure that a home equity conversion mortgage may have tax consequences, affect eligibility for assistance under Federal and State programs, and have an impact on the estate and heirs of the homeowner» (4). A més, s'accepta que el *secretary* (que pertany a una institució governamental) consulti amb associacions de consumidors i usuaris, representants d'indústries i qualsevol altra part interessada per a identificar diferents alternatives per a oferir al destinatari. En definitiva, és preferible una major informació al destinatari sobre totes les implicacions personals (tant per a ell mateix com els possibles efectes sobre els seus familiars o hereus en el moment del seu traspàs) i financeres i sobre les implicacions que la mateixa Llei 41/2007 i la Llei hipotecària estableixen directament i indirecta respecte a la hipoteca inversa.³⁵

Actualment, un dels principals assessors independents a Espanya en temes relatius a la hipoteca inversa és la societat Óptima Mayores, que amb bon criteri defensa la creació d'un Registre d'Assessors Independents d'Hipoteca Inversa.³⁶

4. EL TRASPÀS DEL SOL·LICITANT O DELS BENEFICIARIS

El traspàs del causant o de l'últim dels beneficiaris posa fi a la percepció de rendes i fa que neixi la seva exigibilitat als hereus, que tenen dues opcions: pagar el préstec o no reemborsar els crèdits vençuts (ap. 5è i 6è DA 1a de la Llei 41/2007).

34. Romero Candau se situa a favor de la funció notarial. Vegeu Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa», p. 318: «Estimo que la actual configuración del notario, su distribución en todo el Estado español, la imparcialidad e independencia y la posibilidad de utilizar para estos supuestos los mecanismos de turno o sistemas semejantes, satisfará con creces la función a que se refiere la Ley.»

35. La regulació francesa se centra bàsicament en l'oferta que realitza el banc al futur prestatari, que ha de contenir les previsions dels articles L314-5, 6 i 7 del *Code de la consommation*: la identitat de les parts, la data d'acceptació de l'oferta, la delimitació del bé hipotecat, el seu valor, les despeses o una aproximació al cost global del crèdit amb els interessos estipulats. L'incompliment del contingut de l'oferta, que no pot modificar-se en el període de trenta dies, puja a 3.750 € (art. L314-16 *Code de la consommation*). A més, no és possible l'oferta feta a domicili (art. L314-4 i L341-1 *Code de la consommation*), que es penalitza amb una multa de cinc anys de presó i 375.000 € de multa (art. L314-18 *Code de la consommation*).

36. ÓPTIMA MAYORES, *Informe anual hipoteca inversa 2008*, disponible a: <<http://www.optimamayores.com/>>.

4.1. REFUSABILITAT DELS HEREUS A PAGAR EL DEUTE

En el cas que els hereus decideixin no fer front al deute hipotecari, el creditor té dret al reemborsament del capital i dels interessos vençuts i no satisfets. L'apartat sisè de la DA 1a de la Llei 41/2007 disposa per a aquest supòsit que «[c]uando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia». Es plantegen les següents qüestions:

a) La primera particularitat d'aquest precepte és la referència a l'«extinció» del préstec, és a dir, de l'obligació garantida. Atenent el sentit literal del precepte, l'extinció tindria lloc en el moment de la mort del causant. El traspàs no s'inclou en el llistat de causes d'extinció de les obligacions que recull l'article 1156 CC (encara que no és complet). A més, no s'esmenta la paraula *extinció* en l'apartat cinquè de la DA 1a de la Llei 41/2007, que preveu el cas en què els hereus sí que cancel·lin el deute. Si interpretem que amb la mort s'extingeix l'obligació, s'arriba a l'absurd de considerar extingida l'obligació en el moment de la mort del causant i després extingida de nou per pagament si els hereus decideixen amortitzar el préstec (art. 1156 i 1157 CC). La interpretació lògica és considerar que l'obligació no s'extingeix en el moment de la mort del causant i que, un cop l'acceptació tingui lloc, els hereus es pronunciaran sobre la cancel·lació o no del deute. Durant el termini de temps entre el traspàs i l'acceptació dels hereus, es produeix una situació transitòria en la qual els creditors tenen la possibilitat d'interposar una demanda contra l'herència jacent sense esperar l'acceptació per part dels hereus.³⁷

b) Un problema afegit davant del qual es troba l'entitat bancària és precisar el termini per a l'acceptació del deute. L'article 411-5 CCCat determina que l'hereu adquireix l'herència (i el deute) amb l'acceptació, dret que prescriu al cap de trenta anys (art. 461-12.1 CCCat). Si l'entitat bancària vol esperar a l'acceptació o no de l'hereu, aquesta pot demorar-se durant un termini considerable. La Llei 41/2007 hauria d'haver fixat un termini determinat per a l'acceptació, encara que els creditors poden utilitzar la interpel·lació judicial prevista en l'article 461-12.2 CCCat perquè el jutge fixi un període màxim de dos mesos perquè l'hereu es pronunciï.³⁸ En aquest sentit, en la RDGRN de 16 de maig de 1008 (RJ 2008\3154) es discutia una hipoteca amb una clàusula propera a la hipoteca inversa, en la qual el creditor podria executar-la sis mesos després del traspàs del deutor. Aquest període

37. Vegeu *supra*.

38. En el mateix sentit, vegeu Rosa María ANGUITA RÍOS, «Regulación relativa a la hipoteca inversa», p. 5.

de temps seria un termini prudencial i necessari per a protegir l'entitat bancària de possibles dilacions en el procés i obligaria els hereus a expressar la seva voluntat de fer-se o no càrrec del deute. Una bona praxi bancària fa suposar el pacte d'un termini de temps perquè els hereus es pronunciïn respecte a aquesta qüestió com a clàusula d'estil en totes les operacions de concessió d'hipoteques inverses. A aquest problema s'afegeix la possibilitat que l'hereu no estigui específicament designat en el moment de la mort, per exemple en el cas de designació d'hereu pels parents (art. 424-5 CCCat), o que estigui en parador desconegut.

c) Amb caràcter general, l'incompliment de l'obligació garantida es resol amb l'execució de la finca gravada i, si escau, amb l'agressió del patrimoni personal del deutor o dels seus hereus (art. 1911 CC i 105 LH). No obstant això, la Llei 41/2007 s'aparta d'aquest règim general i estableix una limitació al creditor, el qual «sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia». La mateixa idea contenen l'Avantprojecte i el Projecte de llei, que impediien al creditor «reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éste distintos a dicha vivienda». En el cas que l'hereu fos propietari i al seu torn deutor hipotecari, decidís no cancel·lar el préstec i el producte de la seva execució no fos suficient per a cobrir tot el deute, els creditors es trobarien amb la impossibilitat legal d'executar el patrimoni personal del deutor, atès que la Llei limita la seva acció als béns de l'herència. A la mateixa conclusió arribem si, en lloc de regular la successió per testament, el causant mor *ab intestato*, de manera que es cridaran els hereus previstos en la Llei. Davant l'absència d'hereus, succeeix en últim terme la Generalitat de Catalunya (art. 442-12.1 CCCat). En aquest supòsit, el Codi civil de Catalunya preveu l'acceptació a benefici d'inventari (art. 442-12.2 CCCat). En conseqüència, la Llei 41/2007 preveu una excepció *ex lege* al principi de responsabilitat universal del deutor (art. 1911 CC), que s'acosta a la naturalesa jurídica de la prevista en l'article 140 LH, que permet pactar que l'obligació garantida es faci solament efectiva sobre els béns hipotecats. Aquesta decisió busca mantenir a tot preu l'habitatge dins del cabal hereditari.³⁹ A l'hora de calcular i valorar el risc de constituir una hipoteca inversa, el valor del bé immoble, juntament amb el de la resta de béns de l'herència, són els factors més importants per al creditor, ja que no té més béns al seu abast. No obstant això, és impossible per al creditor calcular els béns que podria tenir el sol·licitant en

39. Rosa María ANGUITA RÍOS, «Regulación relativa a la hipoteca inversa», p. 14: «Podría entenderse que, de esta manera, se pretende favorecer la aceptación de la herencia cuando en el patrimonio del difunto hay un bien gravado con una hipoteca inversa, pero lo que realmente se pretende es mantener la vivienda en el acervo hereditario, pues se limitaba anteriormente (salvo pacto en contrario) o se sanciona actualmente (vencimiento anticipado del crédito) cuando la finca se transmite a un tercero, como seguidamente consideraremos.»

el moment del traspàs, ja que pot disposar d'aquests en vida. Una opció per al creditor seria pactar amb el deutor altres garanties addicionals juntament amb el propi dret real d'hipoteca. La Llei 41/2007 no ho prohibeix, amb la qual cosa l'aval a primer requeriment podria ser una alternativa viable per al creditor.

Encara que la Llei 41/2007 només faci referència a l'hereu, és perfectament possible que el causant institueixi hereu universal una persona i prevegi un llegat de la finca hipotecada per a una altra. Una vegada acceptat el llegat, l'article 427-28.2 CCCat exposa que «[s]i el causant llega una cosa empenyorada o hipotecada, el pagament del deute garantit per la penyora o hipoteca i la cancel·lació d'aquests drets són a càrrec de l'hereu». Per tant, es produeix una dissociació entre la responsabilitat real (del legatari) i la responsabilitat personal del préstec garantit amb una hipoteca inversa (de l'hereu). Si per voluntat pròpia l'hereu no cancel·lés el deute, estaria exclòs de la seva responsabilitat personal, però els creditors podrien dirigir-se contra els béns de l'herència en poder de l'hereu que no ha resultat beneficiat per l'herència de la finca hipotecada.

4.2. CANCEL·LACIÓ DEL DEUTE PELS HEREUS

Els hereus també tenen la possibilitat de cancel·lar i extingir el préstec un cop acceptada l'herència, abonant al creditor hipotecari la totalitat dels debits vençuts, amb els seus interessos. En aquest cas, el creditor no podria exigir cap compensació per la cancel·lació (ap. 5è DA 1a de la Llei 41/2007). Tal com ho hem constatat en el punt anterior, és possible l'existència d'un hereu i d'un legatari de la finca hipotecada. Si l'hereu és qui satisfà el deute i cancel·la la hipoteca, podrà repetir contra el legatari subrogant-se en la hipoteca del creditor, aplicant analògicament l'article 118.2 LH; si és el legatari qui cancel·la l'obligació, l'article 427-28.3 CCCat diu que «[s]i el legatari paga el deute garantit amb la cosa llegada perquè no ho ha fet l'hereu, aquell subroga el lloc i els drets del creditor per a reclamar contra l'hereu». Per tant, el Codi civil de Catalunya preveu expressament la subrogació del legatari en la posició del creditor.

5. BENEFICIS FISCALS

L'apartat setè de la DA 1a de la Llei 41/2007 considera l'exempció de l'impost sobre transmissions i actes jurídics documentats en les operacions de constitució, subrogació, novació modificativa i cancel·lació. Per al càlcul dels honoraris notariais s'aplicaran els aranzels corresponents als «documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Reial decret 1426/1989, de 7 de novembre, pel qual s'aprova

l'aranzel dels notaris; i per al càlcul dels honoraris registrals s'aplicaran els aranzels corresponents al número 2, «Inscripciones», de l'annex I del Reial decret 1427/1989, de 17 de novembre, pel qual s'aprova l'aranzel dels registradors de la propietat, prenent com a base la xifra del capital pendent d'amortitzar, amb una reducció del 90 % (ap. 7è i 8è DA 1a de la Llei 41/2007). Juntament amb aquests beneficis fiscals propis de la hipoteca, en trobar-nos davant d'un préstec o un crèdit, segons la modalitat que finalment s'esculli, el destinatari de les rendes no tributa per l'impost sobre la renda de les persones físiques (IRPF), d'acord amb l'article 33.4b i la DA 15a de la Llei de l'IRPF.⁴⁰

Els beneficis fiscals són el principal incentiu per a constituir aquesta classe d'hipoteques enfront de la resta de productes a disposició de les persones grans o amb gran dependència. A més, el seu règim és el més beneficiós de la legislació hipotecària vigent: els beneficis fiscals que preveu l'article 9 de la Llei 2/1994, de subrogació i modificació de préstecs hipotecaris, s'estenen a la novació, la subrogació i la cancel·lació, mentre que en la hipoteca inversa l'exempció arriba fins i tot a la seva constitució.

6. DISPONIBILITAT DE LA FINCA PEL SOL·LICITANT

La Llei 41/2007 preveu la següent disposició en l'apartat 5.2 de la DA 1a: «En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.»

Sembla que el precepte recull una limitació legal a la facultat de disposar, amb la qual cosa en un principi no ha d'accedir al Registre de la Propietat perquè tingui efectes enfront de tercers (art. 26 LH). Aquestes prohibicions de dis-

40. María Asunción RANCAÑO MARTÍN, «Las medidas fiscales de protección a nuestros mayores en el IRPF», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 3 (2008), BIB 2008\140: «Por otra parte, la introducción por la Ley 35/2006, del IRPF, de la disposición adicional quinta, supone que, además, no generarán rentas las disposiciones de la vivienda habitual por parte de las personas mayores de 65 años o de las personas que se encuentren en situación de dependencia severa o de gran dependencia, distintas de la transmisión de aquella. Nos quedarían, pues, actos de disposición como la constitución de derechos reales o la cesión de uso o disfrute sobre aquéllos, que constituyen actos limitativos de la propiedad y que generan rendimientos del capital inmobiliario (art. 22 LIRPF). Asimismo, entendemos nosotros que la constitución de una carga hipotecaria sobre la vivienda habitual, en lo que se denomina "hipoteca inversa", constituye un acto de disposición de la vivienda habitual que genera una renta para el prestatario (titular de la vivienda habitual) que no tributaría en este impuesto, es decir, que se encontraría incluida de lleno en este supuesto.»

posar constitueixen una excepció al règim general d'inoposabilitat a tercers d'allò no inscrit en el Registre de la Propietat (art. 32 i 38 LH). En un principi, el supòsit de l'apartat 5.2 de la DA 1a de la Llei 41/2007 reuneix les característiques necessàries per a ser-ho: estan clarament determinades; la norma té rang legal; si les parts ho volen, poden accedir al Registre de la Propietat.⁴¹ No obstant això, el precepte no recull una prohibició de disposar *stricto sensu*. El deutor és lliure de transmetre o no la finca, però pesa sobre ell la possibilitat que el creditor declari vençut anticipadament el crèdit. En aquest cas, si el deutor no pot fer front als pagaments, el creditor hipotecari podrà dirigir-se contra la finca, ara en poder de tercers. Però la facultat que concedeix la Llei al creditor hipotecari per a declarar vençut el préstec és dispositiva, és a dir, una vegada el propietari alieni de manera voluntària la finca, el creditor pot (o no) fer efectiva aquesta facultat.⁴² Si decidís no declarar el venciment anticipat, podria tornar-se a pronunciar expressament o tàcitament sobre la subrogació del tercer adquirent en la responsabilitat personal, ja que per a transmetre's el deute es requereix sempre el consentiment del creditor (art. 118.1 LH i 1205 CC).

En ambdós casos, podríem trobar-nos davant de dues possibilitats:

a) El tercer adquirent se subroga tant en la responsabilitat real com en la personal. En aquest supòsit no es té en compte la seva possible edat, amb la qual cosa ens trobem davant d'una hipoteca inversa completament desnaturalitzada. Si el tercer se subroga en les mateixes condicions que l'antic deutor, el deutor propietari podria no tenir els requisits subjectius exigits per la Llei 41/2007 (major de seixanta-cinc anys o amb una severa o gran dependència), i no tindrien sentit les estimacions efectuades pel creditor prenent com a base el seu antic deutor, perquè, per exemple, l'esperança de vida podria ser molt més gran, amb la qual cosa s'esgotaria fàcilment el total de responsabilitat hipotecària de la finca i el creditor no podria cobrar el seu crèdit fins a la mort del sol·licitant, que podria allargar-se en el temps. El creditor tindria la potestat d'admetre o no aquesta possibilitat (art. 118.1 LH).

b) Si no es produeix la subrogació en la responsabilitat personal, el que és més probable és que, ateses les conseqüències negatives per al creditor, ens tro-

41. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, «Artículo 26.1.ª», a Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil - Artículos 18 a 41 de la Ley hipotecaria*, tom VII, vol. 4, Madrid, Edersa, 1999, p. 191 i 192.

42. En el mateix sentit, vegeu Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa», p. 323 i 324: «Mas en defecto de consentimiento del acreedor, si bien no puede prohibir la transmisión, la Ley le reconoce el vencimiento anticipado de la obligación garantizada. No le reconoce con plenitud esta facultad, pues le proporciona al deudor la facultad de excluir el vencimiento anticipado si procede a la sustitución de la garantía de manera suficiente.» Vegeu també Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», p. 49.

bem davant de la presència de la figura del propietari no deutor. En aquest cas, quan mori el sol·licitant o l'últim beneficiari, els hereus podran cancel·lar el deute i subrogar-se en la posició del creditor per al cobrament de les quantitats al tercer adquirent (art. 118.2 LH). Si els hereus del sol·licitant no fan front al pagament, el creditor podrà executar la finca en poder del tercer adquirent. No obstant això, si el producte no és suficient, haurà d'intentar obtenir el recobriment dels altres béns de l'herència en poder dels hereus.

Un altre problema de la facultat de declarar anticipadament el crèdit és que la Llei 41/2007 no fixa ni un termini ni un moment per al seu exercici. El propietari ha d'avisar amb antelació el creditor de la venda del bé immoble o simplement el creditor, quan tingui coneixement d'aquesta, ha d'exercitar dita facultat? Fins quan el creditor té dret a exercitar-la? El propietari hauria de tenir la seguretat jurídica de si és possible o no exercitar aquesta facultat, per exemple, al cap d'uns anys de la venda del bé immoble, encara que podria entendre's que renuncia tàcitament a aquesta si el creditor coneix la venda i continua desemborsant les rendes.

En l'apartat cinquè de la DA 1a de l'Avantprojecte de Llei s'establia que «[s]alvo pacto en contrario, el prestatario mantendrá la titularidad de la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca-pensión hasta su fallecimiento». Per tant, no era una prohibició legal, sinó que l'habitatge habitual era plenament disponible pel propietari, llevat que les parts pactessin el contrari. En el Projecte de Llei va desaparèixer aquesta limitació a la facultat dispositiva del propietari. En el Congrés dels Diputats es van produir diverses esmenes respecte a aquesta qüestió. El Grup Parlamentari Català Convergència i Unió i el Grup Parlamentari Popular volien que s'afegís a l'apartat cinquè de la DA 1a de la Llei 41/2007 un nou paràgraf que recollís el dret del creditor al venciment anticipat en cas de transmissió voluntària de l'habitatge habitual (esmenes núm. 55 i 103, respectivament). La justificació d'ambdues era el caràcter personalíssim del préstec, ja que aquest està vinculat a circumstàncies com ara l'edat del titular. Aquestes esmenes finalment van sortir a la llum en la Llei 41/2007, però, tal com expressa la doctrina, aquestes justificacions eren excessives perquè realment són els hereus els qui al capdavant es fan càrrec del deute, i no el prestatari.⁴³ A més, per què s'ha de limitar la transmissió voluntària de la finca si aquesta és l'única garantia a la qual pot atènyer-se el creditor quan es constitueix la hipoteca inversa?

El venciment anticipat del préstec serà una facultat del creditor si el propietari transmet la propietat voluntàriament a un tercer, tot i que no serà possi-

43. Isabel ZURITA MARTÍN, «La nueva normativa reguladora», p. 1287.

ble si el transmissent substitueix la garantia de manera suficient. En primer lloc, sorgeix la incògnita de per què el creditor ha de veure's obligat a constituir una garantia hipotecària que persegueix el bé immoble allí on va i que és, al cap i a la fi, la seva única garantia per a cobrar el seu crèdit (art. 104 LH). En altres paraules, si la finca és l'única garantia del creditor, li és absolutament indiferent qui té la condició d'hipotecant no deutor. Però això podria tenir sentit pel fet que si el tercer adquirent no se subroga en la responsabilitat personal (bé perquè no ho vol, bé perquè el creditor no l'autoritza, art. 1205 CC), els hereus del sol·licitant possiblement no voldran fer front al pagament del deute, ja que això no els reportaria un benefici patrimonial. D'acord amb la doctrina, per *garantia suficient* «entendemos que se trata de un nuevo inmueble cuyo destino principal sigue siendo la vivienda habitual para que el régimen previsto en la Ley siga aplicándose».⁴⁴ Efectivament, una interpretació sistemàtica de la norma ens duria a considerar que l'única manera que la Llei 41/2007 continuï sent d'aplicació és que sigui un bé immoble amb la seva respectiva hipoteca la garantia suficient que substitueixi l'anterior. No obstant això, si consideréssim que s'ofereix un bé immoble en substitució de la garantia hipotecària preexistent (p. ex., una segona residència del sol·licitant), això provocaria, segons la doctrina de la DGRN, la novació extintiva de la hipoteca, pel canvi de l'objecte sobre el qual recau la garantia. La principal conseqüència per al creditor seria la pèrdua de rang si el bé immoble que ofereix el propietari/transmissent es troba gravat amb una hipoteca. Aplicant estrictament l'apartat cinquè de la DA 1a de la Llei 41/2007, el creditor no pot declarar anticipadament el venciment del crèdit si el deutor ofereix una garantia suficient. Segons el que s'ha dit, és garantia suficient un bé immoble amb la mateixa hipoteca inversa si el creditor perd el seu rang? Qui valora la suficiència de la garantia? L'article 569-11.1 CCCat preveu la substitució del dret de retenció per una altra garantia real o per la fiança solidària d'una entitat de crèdit. El segon apartat especifica quan la garantia és suficient: «S'entén que la garantia real és suficient si el preu de mercat del bé ofert en garantia, encara que sigui inferior al dels béns retinguts, arriba a cobrir l'import del deute que va originar la retenció i un 25 % més.» Per la seva banda, l'article 569-11.17 CCCat preveu la possibilitat de substituir el bé objecte de penyora en cas de béns fungibles, cosa que no seria una solució aplicable a la hipoteca inversa.

Per tant, oferir una altra garantia en els termes de l'article 569-11.1 CCCat podria ser una opció, però no l'única. Ens trobem davant d'un concepte indeterminat que *a priori* permetria englobar tant les garanties reals (penyora) com les personals (fiança o aval). Hauria el creditor d'acceptar aquestes propo-

44. Rosa María ANGUITA RÍOS, «Regulación relativa a la hipoteca inversa», p. 16.

sicions? Un bé moble de valor extraordinari o un aval bancari a primer requeriment podrien ser dignes acompanyants de la hipoteca. El principal efecte negatiu per al creditor seria que l'habitatge habitual deixaria d'estar gravat amb la hipoteca inversa i, en conseqüència, que deixaria d'aplicar-se la Llei 41/2007.⁴⁵

En definitiva, el legislador hauria d'aclarir fins on arriba una garantia suficient, que únicament hauria de ser el bé immoble que constitueixi de nou l'habitatge habitual del sol·licitant i, sobretot, que no hauria d'estar gravat amb una hipoteca de primer rang, cosa que seria un clar perjudici per al creditor.

Hem vist fins ara que el sol·licitant pot transmetre l'habitatge habitual a un tercer. En aquest moment naixerà, quan escaigui, el dret del creditor a sol·licitar el venciment anticipat. Dues qüestions són dignes de menció:

a) Quan el creditor faci ús d'aquesta facultat, tindrà des d'aquest moment el dret a l'execució de la garantia. En aquest cas, es mantindrà la limitació del creditor a dirigir-se només a la finca hipotecada? La resposta és negativa, ja que el venciment anticipat del crèdit anul·la els avantatges que la Llei 41/2007 concedeix al sol·licitant de la hipoteca inversa i permet al creditor dirigir-se contra el patrimoni del deutor i els seus hereus, que respondran personalment del deute contret (art. 1911 CC).

b) El propietari pot transmetre voluntàriament la finca, si bé el creditor podrà declarar o no el venciment anticipat. No obstant això, el propietari pot dur a terme altres negocis jurídics sobre el seu habitatge habitual sense que existeixi aquesta possibilitat. En la RDGRN de 26 de febrer de 2008 (RJ 2008\2101) es discutia sobre una prohibició de disposar que constava en el Registre de la Propietat per la subvenció pública rebuda per a l'adquisició de l'habitatge. El centre directiu va entendre amb bon criteri que la transmissió efectuada d'aquest habitatge no era concorde amb el dret i, a més, que «uno de los principios inspiradores de nuestro sistema es el fomento del crédito territorial, por lo que una interpretación extensiva de la prohibición de enajenar impediría que la vivienda protegida sirviera como garantía de ulteriores créditos hipotecarios». Si bé en la hipoteca inversa no existeix pròpiament una prohibició de disposar, el principi de llibertat del tràfic permet que el propietari d'un habitatge gravat amb aquesta hipoteca pugui dur a terme la constitució d'una altra hipoteca de segon o posterior rang. I altres drets reals o personals? El requisit que l'habitatge habitual sigui objecte de gravamen denota una continuïtat en el temps del propietari, però aquest pot canviar de manera sobtevinguda. En aquest sentit, Carrasco Perera i Cordero Lobato apreciaven que «nada se prevé en el proyecto sobre la

45. En el mateix sentit, vegeu Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa», p. 324.

atribución judicial del uso del inmueble gravado al cónyuge del deudor (¡o a su conviviente!), ni sobre los efectos que, acaso, habrían de derivarse de una alteración dominical entre cónyuges producida como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. No creemos que aunque el deudor sea finalmente privado del uso y/o del dominio del inmueble deba permitirse el vencimiento anticipado del crédito, ni siquiera aunque se hubiera pactado una responsabilidad limitada conforme al art. 140 LH, pues con ello se trasladarían al cónyuge o al conviviente los riesgos que el ordenamiento ha pretendido minimizar.»⁴⁶ En efecte, és possible que durant la vida de la hipoteca inversa es modifiquin els criteris que la van veure néixer. Per exemple, l'article 83 del Codi de família (art. 233-19 de l'Avantprojecte de llibre tercer del CCCat) estableix, en cas de nul·litat del matrimoni, divorci o separació judicial, l'atribució d'ús del domicili familiar en la forma establerta pels cònjuges o, si no n'hi ha, a criteri judicial. El caràcter d'habitatge habitual per al cònjuge que va sol·licitar la hipoteca inversa deixa de tenir vigència si s'adjudica a l'altre cònjuge. Aquesta situació no hauria d'atorgar al creditor la facultat del venciment anticipat.

No obstant això, aquestes situacions tenen lloc per efecte de la llei. El problema sorgeix quan voluntàriament el propietari deixa de viure en l'habitatge habitual. L'esmena número 53 del Grup Parlamentari Català Convergència i Unió propugnava que no es considerés que el bé immoble deixa de constituir l'habitatge habitual del sol·licitant quan el deutor hipotecari «lo alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado, especialmente cuando se encuentre en una situación de dependencia, de acuerdo con la normativa vigente». L'abast del poder de disposició hauria d'atendre la funció social de la hipoteca inversa. D'aquesta manera, el lloguer podria donar lloc que s'alterés injustificadament el caràcter habitual de l'habitatge, mentre que el canvi de residència sí que seria possible, ja que no altera la funció social de la hipoteca.

7. L'EXCEPCIÓ A L'ARTICLE 114.2 DE LA LLEI HIPOTECÀRIA

La Llei 41/2007 estableix una excepció a l'article 114.2 LH que prohibeix assegurar en concepte d'interessos més de la part vençuda de l'anualitat en curs i els dos últims anys, si bé mitjançant un pacte entre les parts el termini pot am-

46. Ángel CARRASCO PERERA i Encarna CORDERO LOBATO, «La hipoteca inversa y el aseguramiento de intereses o de por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 741 (2007), BIB 2007\2277.

pliar-se fins a un màxim de cinc anys. Aquesta excepció és l'única prevista en el nostre sistema hipotecari (RDGRN de 22 de març de 2008 [RJ 2008\112.618]). Vegem el context de l'apartat sisè: «Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley hipotecaria.» La doctrina entén que, com que aquesta excepció se situa immediatament després d'al·ludir a l'hereu, el legislador s'ha confós, «porque si los herederos del deudor no son terceros, no le es aplicable el límite del 114, de modo que poco sentido tiene la exclusión [...] Es clara la confusión que entonces se produjo entre limitación frente a terceros, ahí sí opera el 114.2, y oponibilidad al deudor o a sus herederos, donde no actúa ese límite.»⁴⁷ En la hipoteca inversa, el deute és exigible juntament amb els interessos en el moment de la mort del fallit, però entre el creditor i els hereus no existeix cap tipus de limitació. Per tant, l'expressió legal no és afortunada. Si entenguéssim que es refereix als tercers, la doctrina entén que aquesta limitació «tan sólo tendría sentido si consideráramos que, entre el momento del fallecimiento y el de la reclamación, han transcurrido más de las dos anualidades a las que el artículo 114 de la Ley hipotecaria extiende la garantía hipotecaria en perjuicio de tercero», o bé que «llegado el importe máximo sin fallecer el solicitante, la deuda siga generando intereses».⁴⁸

En conseqüència, la referència a l'article 114.2 LH esdevé supèrflua si realment es refereix als hereus. No obstant això, hem d'entendre realitzada la remissió de cara als possibles tercers. Així, tindrà virtualitat en cas d'execució de la garantia si han transcorregut més de dos anys des de l'exigibilitat del crèdit (situació perfectament possible en cas d'hereus en disputa o desapareguts), o si es generen interessos abans del traspàs.

8. APLICACIÓ SUPLETÒRIA DE LA LLEI HIPOTECÀRIA

L'apartat onzè de la DA 1a de la Llei 41/2007 fa una remissió supletòria a «la legislación que en cada caso resulte aplicable». Les següents normes podrien resultar d'aplicació, si bé es plantegen problemes a l'entorn d'algunes d'aquestes:

47. Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa», p. 328 i 329; Isabel ZURITA MARTÍN, «La nueva normativa reguladora», p. 1306.

48. Isabel ZURITA MARTÍN, «La nueva normativa reguladora», p. 1307.

a) Els crèdits garantits amb una hipoteca inversa poden ser objecte de novació i subrogació d'acord amb la Llei 2/1994, processos que també han estat modificats per la Llei 41/2007. En el primer cas, les parts poden modificar sense cap cost el termini o el tipus d'interès, així com ampliar el capital prestat. L'article 4.3 de la Llei 2/1994 exposa que «[l]as modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación». Si ens trobem davant d'una hipoteca ordinària, és a dir, una hipoteca en la qual el diner es desemborsa d'un sol cop, en cas d'amortització anticipada del préstec es poden tornar a desemborsar noves quantitats si les ja percebudes no esgoten la responsabilitat hipotecària total de la finca prevista en el Registre de la Propietat. En la hipoteca inversa, el sol·licitant o el beneficiari poden tornar a rebre rendes, sempre que no se sobrepassi el límit de responsabilitat hipotecària, cosa que equivaldria a una ampliació del préstec i a la pèrdua corresponent de prioritat registral.

En el cas de la subrogació, no s'aprecia cap obstacle perquè una tercera entitat ofereixi unes condicions més atractives per al sol·licitant d'una hipoteca inversa. Únicament serà necessària la «modificación —que no mejoría— de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas». La possibilitat de subrogació no només en els préstecs, sinó també en els crèdits, ha quedat dissipada per la RDGRN de 29 de febrer de 2008.⁴⁹

b) Els crèdits garantits amb una hipoteca inversa poden ser objecte d'una titulització hipotecària, a l'empara de l'article 1 de la Llei 19/1992, de 7 de juliol, sobre règim de societats i fons d'inversió immobiliària i sobre fons de titulització hipotecària, i també d'una emissió de cèdules hipotecàries o bons hipotecaris (art. 11 i 12 de la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari). Com que no es tracta d'un préstec destinat a la construcció, la re-

49. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 77 (30 març 2008), p. 17939: «El planteamiento restrictivo que mantiene la registradora en la calificación impugnada queda, por otra parte, superado por la voluntad de modificación declarada por el legislador en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En efecto, la exposición de motivos de ésta (cfr. apartado v) señala como finalidad expresa de la norma el “[...] alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios [...]”]; y si bien es cierto que en determinados párrafos de la citada Ley se hace referencia únicamente a los préstamos hipotecarios, no lo es menos que otros numerosos artículos, como el 7, 8, 9 o el 13, al dar nueva redacción al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios, por lo que resulta razonable concluir la procedencia del procedimiento subrogatorio tanto respecto de unos como de los otros.»

habilitació o l'adquisició d'habitatges, el préstec o crèdit garantit per la hipoteca inversa no pot excedir el 60 % del valor de taxació del bé hipotecat. El problema és que la quantia del crèdit no se sap del cert si es constitueix una hipoteca de màxim (art. 153 bis LH), ja que el beneficiari pot disposar mensualment de les quanties posades a la seva disposició. No obstant això, si les rendes es desemborsen d'una sola vegada, sí que serà determinable la quantia que percebrà el creditor quan el préstec sigui exigible. Però els inversors hauran d'acceptar els títols amb un rendiment diferit en el temps fins a l'exigibilitat del crèdit pel creditor.

c) Seria possible la cessió de crèdits hipotecaris per part del creditor a un tercer? No hauria d'existir cap inconvenient a aquest fet *ex* article 149 LH, encara que, si abans hem defensat que no és possible la constitució d'hipoteques inverses pels particulars i altres persones jurídiques, no serà possible la cessió del crèdit hipotecari a un tercer que no reuneixi les característiques de la Llei 41/2007.⁵⁰

d) La Llei 41/2007 preveu que els hereus no hauran de fer front a cap comissió de cancel·lació si amortitzen el préstec hipotecari (ap. 5è DA 1a). No obstant això, no preveu res en el cas d'una amortització anticipada del préstec o crèdit per part dels hereus o de tercers. D'acord amb l'apartat vuitè de la DA 1a de la Llei 41/2007, les persones que amortitzin totalment o parcialment el préstec hauran d'abonar per aquest concepte un 0,5 % del capital amortitzat anticipadament si l'amortització té lloc en els primers cinc anys, o un 0,25 % si es produeix en un moment posterior. Si es produeix una amortització parcial, les parts podran pactar una ampliació de capital que no excedeixi la cobertura hipotecària (art. 13.2 Llei 41/2007). Als Estats Units està prevista una exempció fiscal en cas d'amortització anticipada (*US Code*, § 1715z-20d.4), que també hauria d'abastar la hipoteca inversa.

e) El creditor pot dur a terme l'acció de devastació si els actes del deutor posen en perill el valor de la garantia: obligar el propietari a fer o no fer el que sigui procedent per a evitar o arreglar el dany, o declarar el venciment anticipat del crèdit (art. 117 LH i 1129.3 CC).⁵¹ Per tant, des d'un punt de vista legal, el creditor pot dur a terme el venciment anticipat del crèdit fora de la previsió expressa de l'apartat 5.2 de la DA 1a de la Llei 41/2007.

50. En el mateix sentit, vegeu Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa», p. 319.

51. Isabel ZURITA MARTÍN, «La nueva normativa reguladora», p. 1300.

9. ALTRES PRODUCTES DISPONIBLES PER A LA TERCERA EDAT

La hipoteca inversa no és l'únic instrument a l'abast de les persones de la tercera edat per a poder incrementar els seus ingressos habituals. L'anàlisi dels altres instruments és d'una importància vital per a constatar la idoneïtat social de la hipoteca inversa:⁵²

a) L'habitatge pensió: va ser definit pel Grup Parlamentari Català Convergència i Unió (esmena núm. 64) com el «contrato de seguro en virtud del cual el tomador transmite la titularidad o la nuda propiedad de su vivienda habitual a una entidad aseguradora a cambio de una renta vitalicia asegurada, pudiéndose pactar o no en el contrato de seguro el derecho del transmitente al uso o usufructo o derecho de habitación de la misma hasta su fallecimiento». La finalitat era incloure en la Llei 41/2007 aquesta altra via per a obtenir rendes per a la tercera edat, que en l'Avantprojecte de llei es preveia de manera expressa. En realitat, l'habitatge pensió no és altra cosa que un cens vitalici. El cens consisteix en una prestació periòdica dinerària anual, de caràcter perpetu o temporal, que es vincula amb caràcter real a la propietat d'una finca, la qual garanteix el seu pagament directament i immediatament (art. 565-1 CCCat). La titularitat de la finca passa a ser propietat del censatari, el qual té l'obligació de pagar la renda al censalista o persona de la tercera edat que deixa de ser titular del bé immoble. Les parts poden pactar el caràcter perpetu o temporal de la prestació (art. 565-2 i 3 CCCat). En particular, el cens vitalici permet al titular reservar-se l'usdefruit de la finca (art. 565-29 i 33 CCCat). Aquest habitatge pensió o cens vitalici implica la pèrdua de la propietat del sol·licitant en favor del banc, que li facilita una pensió fins al dia de la seva mort. La pensió tributa com a tal sense cap exempció fiscal. Entenem que, amb bon criteri, aquest instrument no va ser recollit en la Llei 41/2007, ja que no és pròpiament una garantia hipotecària.

b) La hipoteca pensió o americana: s'hipoteca l'habitatge i el diner obtingut es destina totalment a concertar una pensió vitalícia. El propietari manté la titularitat de l'habitatge i la hipoteca estarà sempre en període de carència d'amortització. Igual que en el cas anterior, el perceptor de les rendes tributa per l'IRPF.

c) La cessió en lloguer: el propietari cedeix l'habitatge a una entitat que la gestionarà en el mercat de lloguer. Els beneficis aniran a parar al propietari i tri-

52. D'acord amb Rosa María ANGUITA RÍOS, «Regulación relativa a la hipoteca inversa», p. 17-19, R. HERRANZ GONZÁLEZ, «Hipoteca inversa y figuras afines», p. 8-11, i Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», p. 40 i 41.

butaran per l'IRPF com a beneficis del capital immobiliari. Aquesta figura sol ser la ideal quan el propietari de l'habitatge vol viure en una residència d'ancians o en un altre centre assimilable perquè necessita una assistència adequada o simplement perquè prefereix aquest tipus d'allotjament.

d) La pensió vitalícia garantida amb una hipoteca (art. 157 LH i 569-38 CCCat): és molt semblant a la hipoteca inversa però sense les seves rigideses ni els seus beneficis fiscals.

10. CONCLUSIONS

La Llei 41/2007 regula la hipoteca inversa, que s'afegeix a l'àmplia gamma de productes disponibles per a la tercera edat. Sens dubte, el fet que salvaguarda la propietat, la possibilitat que ofereix de residir en aquesta i els seus beneficis fiscals, fan que se situï com l'alternativa més òptima, sempre atenent els desitjos personals de la persona interessada. D'altra banda, és un producte que hauria d'adequar els seus requisits (d'edat, en matèria d'incapacitat) a les veritables necessitats socials de les persones grans i que té lloc ordinàriament a través de la jubilació.

No obstant això, representa un greu perjudici per a la riquesa familiar.⁵³ És més, representa un mecanisme de despatrimonialització i va en contra de la tradició catalana de deixar en herència als hereus l'habitatge en propietat. Aquesta situació pot causar problemes familiars, atès que els hereus poden trobar-se amb la càrrega d'haver de fer front al deute del seu causant.

La hipoteca inversa constitueix un pas endavant en la bona direcció, però esperem que el legislador, a través del desenvolupament reglamentari, aclareixi i defineixi els conceptes jurídics indeterminats que conté la Llei 41/2007 i l'abast d'algunes de les seves disposicions.

11. BIBLIOGRAFIA

«A Turning Point in the History of HUD's Home Equity Conversion Mortgage Program» [en línia]. *Housing Market Conditions* [Department of Housing and Urban Development (HUB)], 2008, <<http://www.huduser.org/periodicals/ushmc/article-archive.html>>.

ANGUITA RÍOS, Rosa María. «Regulación relativa a la hipoteca inversa, según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre». *Diario La Ley*, núm. 6875.

53. Jesús MURO VILLALÓN, «La hipoteca inversa».

- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna. «La hipoteca inversa y el aseguramiento de intereses o de por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 741 (2007). BIB 2007\2277.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. «A vueltas con la pensión de jubilación y la reforma del sistema de pensiones». *Aranzadi Social*, núm. 15 (2008). BIB 2008\573.
- CONSEJO ECÓNOMICO Y SOCIAL. *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2007*.
- COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS. *Unlocking the value of your home: A guide to equity release*. Disponible a: <<http://www.cml.org.uk/cml/consumers/equityrelease>>.
- EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. *Spain Factsheet 2007*. <<http://www.hypo.org>>.
- EUROSTAT *Europe in figures: Eurostat statistical yearbook 2008*. <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home>>.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. «Artículo 26.1.^a». A: ALBALADEJO, Manuel [dir.]. *Comentarios al Código civil. Artículos 18 a 41 de la Ley hipotecaria*. Tom VII, vol. 4. Madrid: Edersa, 1999.
- HERRANZ GONZÁLEZ, R. «Hipoteca inversa y figuras afines» [en línea]. *Informes Portal Mayores* [Madrid: Portal Mayores], núm. 49 (21 març 2006). <<http://www.imsserso-mayores.csic.es/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>>.
- MIQUEL SILVESTRE, José Antonio. «Hipoteca inversa: algunas hipótesis de conflicto». *Diario La Ley*, núm. 6924 (2008).
- MURO VILLALÓN, Jesús. «La hipoteca inversa y bajo condición suspensiva». [Ponència del III Colegio de Registradores de España, Granada, 2006]
- ÓPTIMA MAYORES. *Informe anual hipoteca inversa 2008* [en línea]. <<http://www.optimamayores.com/>>.
- RANCAÑO MARTÍN, María Asunción. «Las medidas fiscales de protección a nuestros mayores en el IRPF». *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 3 (2008). BIB 2008\140.
- ROCA SASTRE, Ramón María; ROCA SASTRE, Luis. *Derecho hipotecario*. 8a ed. Tom VII. Barcelona: Bosch, 1995-1999.
- ROMERO CANDAU, Pedro Antonio. «La hipoteca inversa». A: MADRID DE CARRERAS, Valerio Pérez. *Hacia un nuevo derecho hipotecario: Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2008.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Isidro; LÓPEZ ARES, Susana; QUIROGA GARCÍA, Raquel. *Diseño de hipotecas inversas en el mercado español*. Madrid: Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 2007. [Proyecto 205/05]
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Régimen jurídico de la hipoteca inversa». *Revista de Derecho Privado* (març-abril 2008).
- SZYMANOSKI, Edward J.; ENRÍQUEZ, James C.; DIVENTI, Theresa R. «Home Equity Conversion Mortgage Terminations: Information to Enhance the Developing Secondary Market». *Cityscape*, vol. 9, núm. 1 (2007). Disponible a: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1089424>.
- ZURITA MARTÍN, Isabel. «La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707 (2008).

